

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft

---

Band 150

# Gerechtigkeit und inklusiver Rechtspositivismus

Von

Lilja Székessy



Duncker & Humblot · Berlin

LILJA SZÉKESY

Gerechtigkeit und inklusiver Rechtspositivismus

## **Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft**

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster durch die Professoren  
Dr. Heinrich Dörner   Dr. Dirk Ehlers   Dr. Ursula Nelles

**Band 150**

# Gerechtigkeit und inklusiver Rechtspositivismus

Von

Lilja Székessy



Duncker & Humblot · Berlin

**Die Rechtswissenschaftliche Fakultät  
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster hat diese Arbeit  
im Jahre 2002 als Dissertation angenommen.**

**Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek**

**Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische  
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.**

**D 6**

**Alle Rechte vorbehalten**

**© 2003 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin  
Druck: WB-Druck GmbH & Co., Rieden im Allgäu  
Printed in Germany**

**ISSN 0935-5383  
ISBN 3-428-11057-9**

**Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺**

*Meiner Familie*



## Vorwort

Diese Arbeit hat der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster im Sommersemester 2002 als Dissertation vorgelegen.

Meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Valentin Petev, möchte ich von ganzem Herzen für die Anregung zu diesem Thema, für seine kontinuierliche Unterstützung und sein Verständnis danken. Ohne seine Geduld und sein Engagement wäre diese Arbeit nicht vollendet worden. Ich danke auch Herrn Professor Dr. Thomas Klicka für seine zügige Zweitkorrektur.

Dank schulde ich ferner dem Freundeskreis Rechtswissenschaft e.V., dem Verein zur Förderung der juristischen Ausbildung an der Universität Münster, für seine großzügige Gewährung eines Druckkostenzuschusses.

Ich möchte diese Arbeit meiner Familie widmen, die mich in vielfältiger Weise bei ihrer Erstellung und Fertigstellung unterstützt hat. Meinen Eltern danke ich insbesondere für ihre ständige Ermunterung durch freundliche Nachfragen und ihre finanzielle Förderung. Mein Mann Martin und meine Söhne Jasper und Jakob waren eine große Inspiration und Hilfe und haben mir auf vielen Spaziergängen als Diskussionspartner geholfen. Ihnen danke ich für ihr Verständnis, ihre Geduld und ihre liebevolle Unterstützung.

Berlin, im Juni 2003

*Lilja Székessy*





# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	11
-------------------------	----

## *Erstes Kapitel*

<b>Wesen und Konzeption der Gerechtigkeit</b>	15
---	----

<b>I. Analyse ausgewählter Gerechtigkeitstheorien</b> .....	15
1. Grundlegende Gerechtigkeitstheorien: Aristoteles und Rawls .....	16
a) Die Nikomachische Ethik des Aristoteles .....	16
b) A Theory of Justice von John Rawls .....	20
c) Vergleich der beiden grundlegenden Gerechtigkeitstheorien .....	22
2. Moderne Gerechtigkeitsansätze .....	24
a) Überblick über die derzeitige Gerechtigkeitsdiskussion .....	24
aa) Gerechtigkeit als impartiality: Brian Barry .....	24
bb) Gerechtigkeit als desert: Wojciech Sadurski .....	25
cc) Gerechtigkeit verteilt auf gesellschaftliche Sphären: Michael Walzer .....	25
dd) Gerechtigkeit als komplexe soziale Moral: Valentin Petev ...	26
ee) Gerechtigkeit als universeller Wert: Jürgen Habermas .....	27
b) Analyse der modernen Gerechtigkeitstheorien .....	28
<b>II. Analytik des Gerechten</b> .....	29
1. Formale Gerechtigkeitskomponente .....	30
2. Materielle Gerechtigkeitskomponente .....	33
a) Entstehung des Moralbegriffs in einer Gesellschaft .....	33
b) Moralvorstellungen einer wertpluralistischen Gesellschaft .....	34
3. Subjektives Element der Gerechtigkeit .....	36
4. Funktion der Kategorien der Gerechtigkeit .....	37
5. Ergebnis .....	38

*Zweites Kapitel***Gerechtigkeit durch Recht**

40

<b>I. Der Streit zwischen Positivismus und Nichtpositivismus zur Bestimmung des Verhältnisses von Moral und Recht: die angelsächsische Diskussion</b> .....	41
1. Klassischer Positivismus: Jeremy Bentham und John Austin .....	42
a) Positivistische Reaktion auf Blackstones Naturrecht: Bentham ....	42
b) Bestätigung und Erweiterung Benthams durch Austin .....	44
2. Grundlage der modernen Diskussion: H. L. A. Hart .....	45
a) Harts Kritik des klassischen Positivismus .....	45
b) Die Regellehre Harts .....	46
c) Die Trennungsthese .....	48
d) Minimum content of natural law .....	50
e) Das Verhältnis von Recht, Gerechtigkeit und Moral bei Hart .....	51
3. Moralität des Rechts durch seine Ordnungsfunktion: Lon Fullers Kritik an Harts Theorie .....	51
4. Ein nichtpositivistisches Gegenmodell als Gesamtkritik an Hart: Ronald Dworkin .....	54
a) Dworkins Kritik an Hart .....	54
b) Dworkins eigene Theorie: Die Betonung der Rolle von Richtern und Rechten .....	56
c) Kritik des Dworkinschen Ansatzes .....	57
5. Inklusiver Positivismus: Verteidigung und Weiterentwicklung der Hartschen Theorie .....	59
a) Betonung des inklusiven Positivismus durch Jules Coleman, und die Kritik von Dworkin .....	60
b) Matthew Kramer und die Frage nach einer noch weitergehenden Integration der Moral in das Recht .....	65
6. Exklusiver Positivismus: Betonung der Autorität durch Joseph Raz ...	66
a) Die Autorität des Rechts .....	66
b) Die Geltung des Rechts .....	67
c) Das Problem der discretion .....	67
d) Die Rolle der rule of recognition für die Autorität des Rechts .....	69
e) Die Rolle der Trennungsthese bei Raz .....	71
7. Bewertung der angelsächsischen Diskussion .....	72

<b>II. Die deutschsprachige Diskussion zwischen Positivismus und Nichtpositivismus</b> .....	73
1. Klassischer deutschsprachiger Rechtspositivismus: Der frühe Gustav Radbruch und Hans Kelsen .....	74
a) Der frühe Radbruch .....	74
b) Hans Kelsen: Recht und Gerechtigkeit auf der Basis der Reinen Rechtslehre .....	75
2. Radbruch nach dem 2. Weltkrieg: die Radbruchsche Formel .....	77
3. Moderner deutscher Nichtpositivismus: Die Verbindung von Gerechtigkeit und Recht durch den Richtigkeitsanspruch bei Robert Alexy .....	79
a) Der Richtigkeitsanspruch in Alexys Rechtsbegriff .....	79
aa) Das Richtigkeitsargument .....	80
bb) Das Unrechtsargument .....	82
cc) Das Prinzipienargument .....	86
b) Kritik des Alexyschen Richtigkeitsanspruchs .....	88
aa) Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments .....	89
(1) Nichterhebung des Richtigkeitsanspruchs bei einzelner Gesetz/Urteil .....	89
(2) Die Unzulänglichkeit der Begründungsbeispiele für den Richtigkeitsanspruch .....	90
(3) Methodisches Problem der Begründung durch Beispiele .....	92
(4) Berechtigung von Bulygins Kritik .....	92
bb) Eigene Kritik des Alexyschen Richtigkeitsanspruchs .....	93
(1) Kritik des Richtigkeitsarguments .....	93
(2) Kritik des Unrechtsarguments .....	94
(3) Kritik des Prinzipienarguments .....	98
4. Moderner deutschsprachiger Rechtspositivismus .....	99
a) Für einen besseren Rechtspositivismus: Ralf Dreier .....	99
b) Klassischer Positivismus: Norbert Hoerster .....	100
c) Institutionalistischer Rechtspositivismus: Ota Weinberger und Neil MacCormick .....	101
aa) Nonkognitivismus und institutionelle Tatsachen .....	101
bb) Der Begriff des Rechts im Institutionalistischen Rechtspositivismus .....	102
cc) Gerechtigkeit im Institutionalistischen Rechtspositivismus .....	104
dd) Kritik des Institutionalistischen Rechtspositivismus .....	105
5. Bewertung der deutschsprachigen Diskussion .....	106

<b>III. Vergleich der angelsächsischen und der deutschsprachigen Diskussion zur Analyse des Verhältnisses von Recht und Gerechtigkeit</b> .....	108
1. Vergleich der angelsächsischen und deutschsprachigen Diskussionen ..	108
2. Zur Bestimmung des Verhältnisses von Gerechtigkeit und Recht .....	111

### *Drittes Kapitel*

<b>Anwendungsfälle von Gerechtigkeit in verfassungsrechtlicher Rechtsprechung</b>	114
<b>I. Verfassungsgerichtliche Rechtsprechung in Ungarn nach 1989</b> .....	115
1. Historischer und politischer Überblick .....	115
2. Verfassung und Verfassungsprinzipien .....	119
a) Die Verfassung von 1989 .....	119
b) Die Wertehierarchie der Verfassungsprinzipien .....	121
3. Die politische und rechtliche Stellung des Gerichts .....	123
a) Die Stellung des Gerichts in der ungarischen Gesellschaft .....	124
b) Die rechtliche Stellung des Gerichts .....	126
4. Wichtige Rechtsprechung des Verfassungsgerichts .....	128
a) Die Entscheidung über den Gesetzlichkeitseinspruch .....	128
b) Die Verjährungsentscheidungen .....	130
aa) Das erste Verjährungsgesetz .....	130
bb) Das zweite Verjährungsgesetz und die Rolle des Völkerrechts	132
c) Argumentationsansätze in den Urteilen .....	134
aa) Rechtsstaatlichkeit und Rechtssicherheit .....	135
bb) Materielle Gerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit .....	136
cc) Die Auswirkungen des Systemwechsels auf das Recht .....	137
dd) Völkerrechtliche Aspekte .....	139
5. Analyse der Rechtsprechung des Gerichts .....	139
a) Das Wesen des Umbruchs in der Rechtsprechung des Gerichts ...	140
b) Der Rechtsbegriff des Verfassungsgerichts .....	144
<b>II. Verfassungsgerichtliche Rechtsprechung in Deutschland nach 1945 und nach 1990</b> .....	146
1. Verfassung, insbesondere Art. 103 Abs. 2 GG .....	146
2. Wichtige Entscheidungen des Verfassungsgerichts .....	147
a) Nach dem 2. Weltkrieg: Wiedereinbürgerungsurteil .....	147
b) Nach der Wiedervereinigung: Mauerschützenurteil .....	149

aa) Das Urteil des BGH .....	149
bb) Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts .....	151
3. Analyse der Rechtsprechung des Gerichts .....	152
a) Die Kritik von Alexy .....	153
b) Der Rechtsbegriff des Verfassungsgerichts .....	158
<b>III. Vergleich der Argumentationsweisen und der theoretischen Ansätze der beiden Verfassungsgerichte und ihre Bedeutung für die Gerechtigkeit</b> .....	<b>158</b>
1. Vergleich der geschichtlichen Hintergründe in Deutschland und Ungarn .....	159
2. Vergleich der Rechtsbegriffe der beiden Gerichte und die Auswirkung auf die Gerechtigkeit .....	160
<b>Ergebnis</b> .....	<b>163</b>
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>165</b>
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	<b>173</b>



## Einleitung

Jeder Mensch, jede Gesellschaft hat moralische Vorstellungen über das gute Leben des einzelnen und das Leben der Gemeinschaft, darüber, was der einzelne und die Gemeinschaft dürfen und sollen. Die Gerechtigkeit ist in diesem Zusammenhang einer der wichtigsten moralischen Begriffe, der jahrtausendlang die Debatte über das Konzept des öffentlichen Lebens bestimmt hat und eine Vielzahl von philosophischen und politischen Theorien inspiriert hat. Die Frage, wann eine Situation oder ein Handeln als gerecht zu bewerten ist, hat Theoretiker und Praktiker immer wieder aufs neue beschäftigt.<sup>1</sup>

Eng verbunden mit der Frage nach der Gerechtigkeit ist die Frage nach ihrer Realisierung. Als wichtigstes Instrument gilt hier das Recht, dessen regulative Idee der Gerechtigkeit besonders nahe steht. Auch das Verhältnis zwischen Gerechtigkeit und Recht, das allgemein als ein besonderes angesehen wird, ist vielfältig interpretiert und bewertet worden.

Ziel dieser Arbeit ist es, einerseits eine Konzeption von Gerechtigkeit zu entwickeln und andererseits die Beziehungen zwischen Gerechtigkeit und dem Recht zu beleuchten, um ein für die Praxis anwendbares Kriterium von Gerechtigkeit und gerechtem Recht zu erhalten. Eine differenzierte Anwendung der beiden Konzeptionen soll eine möglichst genaue Betrachtung von Gerechtigkeitssituationen und -verhältnissen und eine Bewertung konkreter Ereignisse ermöglichen. Die Anwendbarkeit der Analyse soll dann anhand von zwei konkreten Beispielen verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung untersucht werden.

Im folgenden soll daher im 1. Kapitel der Begriff der Gerechtigkeit analysiert werden, um eine Kategorie der Gerechtigkeit zu erhalten. Zu diesem Zweck werden beispielhaft einzelne Gerechtigkeitstheorien herangezogen, um Gemeinsamkeiten und Unterschiede bei der Analyse des Begriffs der Gerechtigkeit zu erhalten. Dabei soll argumentiert werden, daß Gerechtigkeit grundsätzlich aus zwei Aspekten besteht: einem gerechtigkeitspezifischen formellen Aspekt und einem materiellen Aspekt, der seine normative

---

<sup>1</sup> Allerdings gewinnt neben der Gerechtigkeit zunehmend die Konzeption der Menschenrechte an Bedeutung, möglicherweise weil Gerechtigkeit oft in Verbindung mit dem Staat theoretisiert wird, während die Beschäftigung mit den Menschenrechten die wachsende Bedeutung des Individuums gegenüber dem Staat reflektiert. Vgl. auch *Campbell*, Justice, S. 254 ff.; *ders.*, Human Rights, S. 55 ff.



Bedeutung durch die jeweilige gesellschaftliche Moral erhält. Die jeweilige gesellschaftliche Moral beruht auf den in einer gegebenen Gesellschaft vorherrschenden moralischen Vorstellungen; als Sozialmoral ist sie das Gemeinsame in den individualmoralischen Vorstellungen von Mehrheiten einzelner Mitglieder einer Gesellschaft. Gerechtigkeit ist daher nicht absolut zu sehen, sondern unterliegt dem historischen Wandel. Damit zielt Gerechtigkeit als Kategorie auf die Realisierung von moralischen Überzeugungen, die in einer gegebenen Gesellschaft vorherrschen. Gerechtigkeit unterscheidet sich daher ihrem Wesen nach von anderen moralischen Kategorien wie Gut und Böse, da diese Ausdruck individueller Moral sind. Hinzu kommt, daß die Gerechtigkeit einerseits einen formellen Teil beinhaltet, zum anderen aber gesellschaftlich festgelegter moralischer Kriterien bedarf, um ihren formellen Teil mit Sinn zu erfüllen.

Im 2. Kapitel soll sodann das Verhältnis zwischen Recht und Gerechtigkeit untersucht werden. Dem Recht wird oft eine besondere Nähe zur Gerechtigkeit nachgesagt, die sich vor allem daraus ergibt, daß beide sozial relevante Handlungsstandards darstellen. Es soll argumentiert werden, daß Recht das geeignete Instrument zur Durchsetzung von Sozialmoral und Gerechtigkeit ist, und untersucht werden, wie das Recht beschaffen sein muß, um vorherrschende moralische Vorstellungen einer Gesellschaft durchzusetzen. Hier wird von der Regelungsfunktion des Rechts ausgegangen. Das Recht kann diese seine Funktion nur erfüllen, wenn seine Geltung von der normativen Kraft der jeweils herrschenden Moralvorstellung unabhängig ist. Seine Funktion als Ordnungssystem ist gefährdet, wenn es mit moralischer Gebundenheit überfrachtet wird. Jedoch bleibt eine „moralische“ Kritik des geltenden Rechts davon unberührt.

Die Frage, wie das Verhältnis von Recht und Moral zu sehen ist, ist Gegenstand der Auseinandersetzung zwischen Rechtspositivismus und „Nichtpositivismus“<sup>2</sup>. Diese Auseinandersetzung soll in ihren wichtigsten Grundzügen vorgestellt werden, um das Verhältnis von Recht und Moral im allgemeinen und dessen Funktion für die Umsetzung von Gerechtigkeit im besonderen zu analysieren. Die verschiedenen Ausprägungen des Rechtspositivismus und des Nichtpositivismus sollen vor allem daraufhin überprüft werden, ob sie der spezifischen Natur der Gerechtigkeit „gerecht“ werden.

Im angelsächsischen Raum wurde die Problematik, inwieweit Recht moralisch sein kann und soll, seit der grundlegenden Auseinandersetzung zwi-

---

<sup>2</sup> Der Begriff des „Nichtpositivismus“ stammt ursprünglich aus dem Bereich der angelsächsischen Rechtstheorie und beschreibt dort die Theoretiker, die bewußt gegen den Positivismus argumentieren. Der Begriff ist zunehmend aber auch in Deutschland gebräuchlich, vgl. *Alexy*, Begriff des Rechts.

schen H. L. A. Hart und Lon Fuller weiterentwickelt. Auf der positivistischen Seite hat sich eine Unterscheidung zwischen „inklusivem“ und „exklusivem“ Positivismus herausgebildet. Ersterer, der vor allem von Jules Coleman vertreten wird, behauptet, daß die Geltung des Rechts von einer rule of recognition abhängt, in die auch moralische Elemente aufgenommen werden könnten, und versucht so, Bedenken des Nichtpositivismus zu integrieren, ohne die Grundthesen des Positivismus in Frage zu stellen. Letzterer, der von Joseph Raz entwickelt wurde, bestreitet, daß solch eine „Abweichung“ möglich ist. Beide sehen sich dabei in der Nachfolge von Hart. Die nichtpositivistische Position, daß das Recht in Regeln und Prinzipien aufgeteilt sei, daß letztere moralischen Charakter hätten und somit die Geltung des Rechts doch auch von seiner moralischen Richtigkeit abhängen müsse, wird in der Nachfolge Fullers, aber mit veränderter Schwerpunktsetzung, vor allem von Ronald Dworkin vertreten.

In der deutschsprachigen Diskussion ist es vor allem Robert Alexy, der aufbauend auf Gustav Radbruch einen eigenen nichtpositivistischen Ansatz entwickelt hat, dergestalt, daß in Fällen extremen Unrechts der moralische Unwert eines Gesetzes seine Gültigkeit aufhebt; positivistische Positionen vertreten in der speziellen Form des institutionalistischen Rechtspositivismus Ota Weinberger und Neil MacCormick und in der direkten Nachfolge Herbert Harts Ralf Dreier und Norbert Hoerster. Die spezifische Auseinandersetzung zwischen inklusivem und exklusivem Positivismus ist in Deutschland bislang nicht nennenswert rezipiert worden<sup>3</sup>; insofern ist es ein Anliegen dieser Arbeit, sie auch hier bekannt zu machen.

Es soll argumentiert werden, daß der angelsächsische inklusive Positivismus am besten geeignet ist, das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit zu bestimmen und zu zeigen, wie Recht dazu dienen kann, Gerechtigkeit durchzusetzen. Dabei wird wie schon erwähnt argumentiert, daß die Geltung des Rechts nicht von moralischen Überlegungen abhängt. Die Gegenpositionen von Dworkin, der die Individualmoral in den Vordergrund stellt und für die Geltung des Rechts bestimmend macht, und der deutschen Nichtpositivisten, für die die Geltung des Rechts von seiner Übereinstimmung mit der Sozialmoral abhängt, vermögen nicht zu überzeugen.

Im 3. Kapitel sollen schließlich die in den ersten beiden Kapiteln herausgearbeiteten theoretischen Ergebnisse daraufhin untersucht werden, ob sie durch die Praxis bestätigt werden und verwendbar sind. Zu diesem Zweck wird die Rechtsprechung von zwei Verfassungsgerichten in Umbruchssitua-

---

<sup>3</sup> Nicht einmal das recht breit angelegte Werk von *Walter Ott*, Rechtspositivismus, erwähnt die Debatte zwischen inklusivem und exklusivem Positivismus, sondern läßt es mit Hart bewenden, obwohl die 2. überarbeitete Version von Otts Werk 1992 erschienen ist.